

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation

De Patoul, Fabrice; Cruquenaire, Alexandre

Published in:

<http://www.lex-electronica.org>

Publication date:

2002

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Patoul, F & Cruquenaire, A 2002, 'Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation: quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR', <http://www.lex-electronica.org>, VOL. 8, Numéro 1. <<http://www.lex-electronica.org>>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le développement des modes alternatifs de règlement des litiges de consommation : quelques réflexions inspirées par l'expérience ECODIR

*Par Alexandre Cruquenaire et Fabrice de Patoul
Chercheurs au Centre de Recherches Informatique et Droit,
Université de Namur*

Le 26 octobre 2001, à Bruxelles, était officiellement lancée la plate-forme de résolution des litiges "ECODIR" (Electronic CONsumer DISpute Resolution), accessible à l'adresse < <http://www.ecodir.org> >.

Quelques mois plus tard, la publication de ce numéro spécial de Lex Electronica nous offre l'opportunité de rappeler d'où vient cette plate-forme et quel est son fonctionnement.

Il convient en effet de revenir tout d'abord sur la genèse de cette plate-forme ECODIR et donc sur le projet de recherche du même nom (I.).

Nous examinerons ensuite le fonctionnement de la plate-forme. (II.).

Enfin, nous mettrons en exergue certains éléments d'analyse qui nous sont apparus intéressants dans le cadre de l'exploitation de la plate-forme ECODIR (III.).

I. Le développement de la plate-forme: le projet ECODIR

ECODIR a d'abord vu le jour en tant que projet de recherche cofinancé par l'Union européenne¹. Le contrat de recherche porte sur une période de deux années (juin 2000-juin 2002). Un consortium international mené par le Centre de Recherches Informatique et Droit (CRID)² des Facultés universitaires de Namur (Belgique) a ainsi été à la base de la création de la plate-forme de résolution des litiges. Ce consortium comprenait principalement le Centre de Recherches en Droit Public (CRDP) de l'Université de Montréal³, le Centre pour la coopération juridique internationale (CECOJI) du CNRS français⁴, la société canadienne e-Resolution⁵ et la Cellule Interfacultaire de Technology Assessment (CITA)⁶ des Facultés de Namur. Ont également participé aux travaux: l'Université de Munster (Allemagne)⁷, l'Université des Baléares⁸, la société belge Globalsign⁹, le Centre de Médiation et d'Arbitrage de

¹ Sur un budget global d'environ 500.000 EUR, la contribution de l'Union européenne est de 250.000 EUR.

² Voy. < <http://www.crid.be> >.

³ Consulter < <http://www.crdp.umontreal.ca> >.

⁴ Voy. < <http://www.ivry.cnrs.fr> >.

⁵ < <http://www.eresolution.com> >.

⁶ < <http://www.info.fundp.ac.be/~cita> >.

⁷ Cf. < <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren> >.

⁸ < <http://www.uib.es/depart/dpr/ingles/cedibang.html> >.

⁹ < <http://www.globalsign.com> >.

la Chambre de Commerce de Paris (CMAP)¹⁰ et la société américaine Online Resolution¹¹. La société irlandaise Arbitration of International Disputes Ltd (AIDL) a rejoint ensuite le consortium dans le cadre de l'exploitation de la plate-forme.

La démarche se voulait tout d'abord universitaire, par la réalisation d'une étude de faisabilité. Cette étude a permis d'identifier un certain nombre de contraintes socio-économiques, juridiques et techniques, qui ont guidé la détermination du type de procédure à offrir.

Sur base des conclusions de cette étude, le consortium, s'appuyant sur le savoir-faire de e-Resolution en la matière, a pu développer une plate-forme de résolution en ligne de certains litiges de consommation.

II. Le fonctionnement de la plate-forme ECODIR

A. Un objet limité

Compte tenu de l'objet du contrat de recherche proposé par la Commission européenne et de certaines contraintes juridiques identifiées dans la phase préliminaire du projet, la plate-forme ECODIR s'est vue assigner un objet limité.

Elle ne couvre ainsi que les conflits impliquant au moins un consommateur et relatifs à une transaction effectuée en ligne. Cette restriction a été dictée par le contrat conclu avec la Commission européenne.

La procédure ECODIR ne constitue nullement une procédure d'arbitrage. Elle ne prive en effet pas les parties de la possibilité d'ester en justice. Dans la mesure où le projet portait sur les (petits) litiges de consommation, il n'était pas réaliste de vouloir mettre en place un système d'arbitrage. L'offre de ce type de services via l'internet pose d'importants problèmes juridiques qui nécessitaient des études approfondies que les ressources budgétaires du projet ne permettaient pas de financer, et ce d'autant moins qu'il n'aurait pas été possible de répercuter ces coûts sur les utilisateurs s'agissant en l'espèce de litiges d'importance économique mineure. La circonstance que le projet couvrait uniquement les litiges de consommation aggravait ce problème potentiel car les règles impératives sont nettement plus nombreuses dans ce domaine particulier du droit. La piste de l'arbitrage s'est donc assez rapidement révélée inadéquate.

Afin de permettre un développement rapide de la plate-forme, il a également été décidé d'écarter de son champ d'application certains types de litiges qui nécessitent également la prise en compte de contraintes juridiques très importantes, tels que ceux afférents à la fiscalité ou au droit de la famille¹².

¹⁰ < <http://www.cmap.asso.fr> >.

¹¹ < <http://www.onlineresolution.com> >.

¹² Article 1.2 « Les conflits relatifs aux contenus illicites sont exclus du champ d'application tout comme sont exclus les conflits relatifs aux dommages corporels, aux problèmes familiaux, financiers, d'imposition et de propriété intellectuelle. »

La plate-forme a donc vu son champ d'application restreint, afin de garantir une mise en place effective dans les délais contractuellement prévus. Une éventuelle extension de ce champ fera l'objet d'une réévaluation en fin de projet.

B. Un système à trois étapes successives

Une fois l'hypothèse de l'arbitrage écartée, c'est donc une plate-forme de médiation qui a été mise sur pied. Elle comporte trois étapes qui sont successivement activées, en fonction du résultat de l'étape précédente.

Il y a tout d'abord une phase dite de "négociation", ensuite, une phase de "médiation" et, enfin, une phase de "recommandation".

Précisons encore que le processus dans son ensemble repose entièrement sur la bonne volonté des parties qui ne peuvent être contraintes ni de participer à la procédure ni de veiller à son aboutissement. Cette grande souplesse constitue également une des principales faiblesses de la plate-forme ECODIR telle qu'elle existe actuellement.

1) la phase de négociation

Dans un premier temps, le consommateur adresse une réclamation via la plate-forme ECODIR. Pour ce faire, il est invité à remplir en ligne certaines cases visant à s'identifier¹³ et à donner une brève description du problème rencontré. Le consommateur est ensuite invité à émettre une proposition de solution.

Le système informatique gérant la plate-forme ECODIR reçoit les informations du consommateur. Il crée une page sécurisée reprenant toutes les informations relatives au litige et adresse alors au commerçant concerné une notification par courrier électronique lui signalant qu'une plainte a été introduite à son encontre via la plate-forme ECODIR.

Le commerçant qui désire participer à la procédure va activer un hyperlien se trouvant inclus dans le mail de notification et sera, de ce fait, directement conduit dans la page dédiée au litige.

Le commerçant est ensuite invité à prendre connaissance de la plainte et la proposition formulée par le plaignant. Il peut l'accepter, la refuser ou formuler une contre-proposition. L'échange se poursuit avec le consommateur tant qu'une solution ne recueille pas l'assentiment des deux parties.

Si un accord est trouvé, le secrétariat ECODIR envoie un courrier électronique aux deux parties reprenant les termes de l'accord et les invitant à y adhérer de manière solennelle.

¹³ Selon une procédure sécurisée afin de garantir la confidentialité des informations divulguées ou reçues par la suite.

Si, à l'échéance d'une période de dix-huit jours, aucune solution ne se dégage, le secrétariat ECODIR invite les parties à solliciter la désignation d'un médiateur.

2) La phase de médiation

Si les parties le souhaitent, un médiateur est désigné par le secrétariat. La localisation des parties ainsi que leurs langues respectives sont prises en considération à cet égard. La phase de médiation commence le jour où le médiateur est désigné.

Le médiateur a accès au site sécurisé de l'affaire pour étudier l'information, les solutions déjà proposées et les arguments échangés par les parties durant la phase de négociation.

Le médiateur invite les parties à communiquer entre elles, à échanger des documents et à discuter de leur positions respectives.

En fonction des éléments rapportés par les parties, le médiateur énonce une série de solutions qui lui paraissent appropriées. Il invite les parties à réagir.

Si les parties se mettent d'accord sur l'une des solutions avancées par le médiateur, elles sont invitées par le secrétariat à formaliser leur accord dans un contrat.

Si aucun accord ne se dégage après quinze jours, le médiateur ne peut que constater l'échec de son intervention.

3) La phase de recommandation

Le médiateur, après avoir constaté cet échec, émet une recommandation motivée dans les quatre jours suivant le début de la phase de recommandation. La recommandation consiste à dévoiler la solution qui, selon lui, est la plus adéquate.

Cette recommandation n'est pas contraignante pour les parties. Elle peut seulement l'être si les parties se sont accordées au début du processus sur ce caractère contraignant.

Les parties disposent de sept jours pour accepter la recommandation finale du médiateur. Dans ce cas, cette dernière constitue l'accord et est formalisée par un écrit qui est envoyé aux parties.

C. Autres éléments intéressants

Le recours à la procédure ECODIR est gratuit jusqu'en fin juin 2002 (période couverte par l'intervention de l'Union européenne). La participation financière éventuelle des parties devra alors faire l'objet d'une évaluation.

Le rôle du médiateur est d'assister les parties de manière indépendante et impartiale. Le règlement d'ECODIR indique qu'il est guidé par les principes de justice et d'équité. Il doit pour accomplir sa tâche prendre en considération les droits et obligations des parties ainsi que les circonstances entourant le conflit. En outre, le médiateur s'engage à ne pas agir en tant que représentant ou conseiller d'une partie dans des procédures arbitrales ou judiciaires relatives au conflit en question. Par ailleurs, un système de remplacement du médiateur est mis en place en cas de décès, incapacité ou démission acceptée par le secrétariat.

Cependant, les parties peuvent décider d'être assistées et représentées par les personnes de leur choix.

Enfin, il est à noter que la confidentialité est une des caractéristiques primordiales sur laquelle se base le mode de résolution de conflits instauré par ECODIR. En effet, la confidentialité s'étend non seulement à l'accord qui interviendrait mais également à tous le processus nécessaire pour y parvenir. Ainsi, les correspondances échangées, les propositions de solution ou les informations partagées entre les parties, le médiateur et le secrétariat seront gardées confidentielles.

III. Quelques éléments d'analyse

A. Premier bilan du fonctionnement de la plate-forme

Au moment d'écrire ces lignes, la brève exploitation de la plate-forme ECODIR ne permet pas encore de tirer des conclusions sur de nombreux points. Certains enseignements s'en dégagent toutefois et pourront être mis à profit pour la poursuite de l'expérience.

La réussite d'un projet de ce type requiert des moyens de publicité assez considérables. Compte tenu de l'étroitesse du budget de fonctionnement d'ECODIR, il convient de privilégier une approche ciblée, en direction des parties les plus susceptibles de recevoir et, surtout, de prendre en compte le message. Les premiers cas soumis ont en effet montré une certaine réticence des commerçants à participer au processus, ce qui témoigne indéniablement d'un manque d'information dans la mesure où ce processus n'est absolument pas contraignant pour les parties.

Le développement autonome d'un système d'ADR, sans participation directe des acteurs économiques, permet de garantir un niveau maximal d'indépendance, mais nécessite des efforts permanents de communication pour amener les parties en litige à soumettre leur différend à ECODIR. Il nous semble donc évident que des synergies doivent être trouvées avec des associations de commerçants et/ou de consommateurs, afin qu'une référence automatique soit faite vers la plate-forme ECODIR.

Il semble également souhaitable de coupler l'ADR à un système de labellisation, afin de trouver un moyen d'assurer une mise en œuvre des accords ou recommandations émanant d'ECODIR. En effet, le label permettrait de contraindre contractuellement les commerçants à exécuter les solutions trouvées via la plate-forme ECODIR. La

promotion de labels par les pouvoirs publics nous paraît à cet égard une solution très prometteuse dans la mesure où elle suscite une plus grande confiance de tous les acteurs.

Le système de labellisation s'articule souvent avec l'établissement d'un code de conduite. L'émergence des codes de conduite au sein du commerce électronique vise à répondre au besoin de régulation face au contexte sans cesse évolutif et polymorphe de la société de l'information. En outre, le code de conduite s'inscrit dans la même démarche volontaire et concertée que l'ADR. ECODIR trouverait ainsi naturellement sa place comme processus de résolution de conflit dans l'application et le respect du code de conduite. Le label, le code de conduite et un ADR tel qu'ECODIR seraient en mesure de remplir ce besoin de sécurité dont manque le commerce électronique, et cela, grâce à des instruments souples et basés sur la bonne volonté des parties.

B. Quelques questions juridiques

Le cadre légal dans lequel s'inscrit la plate-forme ECODIR soulève certaines interrogations sur le plan juridique.

1) Incidence des recommandations européennes en la matière ?

La Commission européenne a édicté deux recommandations relatives aux mécanismes extrajudiciaires de résolution des litiges de consommation : la recommandation 98/257/CE concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation¹⁴ et la recommandation 2001/310/CE relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation¹⁵.

Les champs d'application matériels respectifs des deux recommandations ne sont pas clairement définis. Des imprécisions subsistent en effet dans les textes.

Le considérant n° 8 de la recommandation 98/257/CE dispose que "la présente recommandation doit se limiter aux procédures qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution ; que, par conséquent, ne sont pas visées les procédures qui se limitent à une simple tentative de rapprocher les parties pour les convaincre [de] trouver une solution d'un commun accord".

Le considérant n° 9 de la recommandation 2001/310/CE précise pour sa part que "[l]es principes fixés dans la présente recommandation ne portent pas atteinte à ceux établis

¹⁴ Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 115 du 17 avr. 1998, p. 31.

¹⁵ Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation, *J.O.C.E.*, n° L 109 du 19 avr. 2001, p. 56.

dans la recommandation 98/257/CE de la Commission qui devraient être respectés par les procédures extrajudiciaires qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution contraignante ou pas à l'égard des parties. Les présents principes devraient être respectés par toute autre procédure menée par une tierce personne qui, indépendamment de sa dénomination, facilite la résolution d'un litige de consommation en rapprochant les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord, par exemple en proposant de manière informelle des possibilités de règlement. Les principes se limitent aux procédures de résolution des litiges de consommation qui sont destinées à remplacer les procédures judiciaires. Sont, par conséquent, exclus les services de réclamation des consommateurs gérés par une entreprise et fournis directement au consommateur ou les cas où une tierce personne assure ce service pour l'entreprise ou en son nom, étant donné qu'ils relèvent des discussions généralement menées entre les parties avant la naissance d'un litige qui serait soumis à un organe tiers responsable de la résolution des litiges ou à un tribunal¹⁶.

Il semble donc que ce soit la nature active ou non du rôle du tiers qui détermine l'application de l'un ou l'autre des deux textes. Si le rôle du tiers est actif (consistant à proposer ou imposer une solution), la recommandation 98/257/CE s'appliquera. Par contre, si ce rôle est passif (consistant à rapprocher les parties et à les convaincre de trouver une solution de commun accord), il conviendra de prendre en compte les dispositions de la recommandation 2001/310/CE.

La détermination de la nature du rôle du tiers intervenant n'est cependant pas toujours évidente. En effet, la distinction entre "proposer une solution" (intervention régie par la rec. 98/257/CE) et "proposer de manière informelle des possibilités de règlement" (intervention soumise à la rec. 2001/310/CE) est loin d'être claire, particulièrement dans le contexte de procédures de type médiation¹⁶, telles que celles proposées par ECODIR.

Cette difficulté de délimitation des champs d'application respectifs des deux recommandations n'est pas sans incidence pratique dans la mesure où certains principes de la recommandation 98/257/CE sont susceptibles de poser des problèmes en matière de médiation.

La recommandation 98/257 consacre sept principes : indépendance, transparence, contradictoire, efficacité, légalité, liberté et représentation.

Elle insiste sur le respect du principe du contradictoire qui implique "la possibilité, pour toutes les parties concernées, de prendre connaissance de toutes les positions et de tous les faits avancés par l'autre partie ainsi que, le cas échéant, des déclarations des experts". Ce principe contrarie fortement les exigences inhérentes à un processus de médiation. En effet, les parties à un tel processus doivent pouvoir confier des éléments au médiateur sans que ce dernier ne les révèle à l'autre partie. A défaut, le processus risque de ne pas fonctionner dans la mesure où les parties ne s'y impliqueront pas

¹⁶ Sur la distinction entre les différents types de mécanismes de résolution des litiges, cf. P. DE LOCHT, "Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, Cahiers du CRID, n° 19, Bruxelles, Bruylant, p. 328 et s., n°s 615-627.

complètement, par crainte que des éléments révélés au médiateur ne puissent être divulgués à l'autre partie et utilisés ultérieurement contre elles¹⁷.

En outre, selon la recommandation, les solutions extrajudiciaires ne peuvent priver le consommateur de la protection offerte par les règles impératives de la loi de l'Etat sur le territoire duquel il est domicilié dans les cas prévus par l'article 5 de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Ici encore, la recommandation se heurte à la conception traditionnelle de la médiation qui vise à dégager des solutions qui rencontrent les intérêts des parties plutôt que de consacrer leurs droits.

La recommandation 2001/310 consacre le principe de l'équité (principe D). Ce principe implique différentes obligations à charge des organes de résolution des litiges.

Ainsi, ce principe permet aux parties de soumettre au tiers intervenant des éléments d'information, des pièces ou des arguments sur une base confidentielle. Cette conception de l'équité de la procédure est plus en phase avec les préoccupations des parties souhaitant participer à un processus de médiation.

En outre, l'équité de la procédure (point 2, b, du principe D) requiert que le consommateur soit informé, avant de donner son consentement à une proposition d'accord, du fait que les solutions proposées pourraient être moins favorables que celles résultant de l'application de la loi par un tribunal. En d'autres termes, le tiers intervenant n'est pas, dans sa recherche d'une solution, limité par la prise en compte de toutes les règles légales impératives potentiellement applicables. Ici encore, le principe est bien adapté à la réalité de la médiation qui n'a pas pour objet de consacrer des droits mais davantage de veiller à la rencontre des intérêts respectifs des parties en litige.

La recommandation 2001/310 est donc nettement mieux adaptée à la médiation que la recommandation 98/257.

Les incertitudes relatives à la délimitation des champs d'application respectifs ne permettent malheureusement pas de trancher clairement pour l'application de l'une ou l'autre des recommandations en ce qui concerne la plate-forme ECODIR.

Précisons encore à ce propos que les recommandations constituent des actes par lesquels les institutions communautaires européennes suggèrent aux destinataires un comportement donné sans pour autant leur imposer d'obligation légale¹⁸. En effet, selon le traité CE, les recommandations "ne lient pas" (article 249, alinéa 5)¹⁹. Cela ne signifie pas pour autant que les recommandations soient dépourvues de tout effet juridique²⁰.

Les recommandations doivent tout d'abord être utilisées par les juges nationaux, notamment lorsqu'ils interprètent les dispositions nationales adoptées en vue d'en

¹⁷ A ce propos, voy. notamment P. VAN LEYNSEELE et F. VAN DE PUTTE, "Médiation: confidentialité et responsabilité", *J.T.*, 1999, p. 254 et s.

¹⁸ K.-D. BORCHARDT, *L'ABC du droit communautaire*, Luxembourg, Documentation européenne, 2000, p. 70.

¹⁹ Sur la portée des recommandations, lire C.-A. MORAND, "Les recommandations, les résolutions et les avis du droit communautaire", *C.D.E.*, 1970, pp. 628-637.

²⁰ K. LENAERTS et P. VAN NUFFEL, *Europees Recht*, Antwerpen, Maklu, 1999, pp. 705-706. *Adde* J. VERHOEVEN, *Droit de la Communauté européenne*, Bruxelles, Larcier, 1996, p. 246.

assurer la mise en œuvre²¹. De surcroît, la Cour de Justice semble conférer à cette obligation une portée générale²². Les principes de la recommandation pourraient dès lors être pris en compte, par exemple, dans l'évaluation du comportement d'un organe de résolution des litiges par rapport à la norme du bon père de famille²³. Le non respect de ces principes pourrait ainsi être indicatif d'une faute engageant la responsabilité civile de l'organe concerné.

En outre, les recommandations peuvent acquérir une force contraignante indirecte, soit par le biais des contrats, soit par le biais de l'engagement par volonté unilatérale. Ainsi, lorsqu'un organe de résolution des litiges s'engage contractuellement à respecter les principes des recommandations européennes²⁴, celles-ci deviennent contraignantes pour l'organe concerné. Si l'organe indique sur son site web ou sur tout document promotionnel qu'il respecte ces principes, on peut considérer qu'il s'engage, de manière unilatérale, à les respecter²⁵.

2) Incidence de la directive européenne sur le commerce électronique.

La directive 2000/31/CE sur le commerce électronique²⁶ s'applique à « tous les services de la société de l'information ».²⁷ Les prestataires de service qui entrent dans le champ de cette directive sont tenus de respecter un certain nombre d'obligations liées à des garanties de transparence et d'information sur les réseaux. Ces obligations rejoignent ainsi un des objectifs des A.D.R. qui est de gagner la confiance des utilisateurs vis-à-vis du commerce électronique.

Dans un premier temps, il y a lieu de voir dans quelle mesure ECODIR entre dans la catégorie de prestataire de service de la société de l'information aux yeux de la directive. Ensuite, nous ferons un rapide tour d'horizon des obligations auxquelles ECODIR est susceptible d'être soumis. Dans tous les cas de figure, n'importe quel prestataire de service a intérêt à rencontrer les exigences de la directive en matière d'information et de transparence pour s'assurer la confiance de ses clients et la sécurité juridique de la transaction. Cela s'avère d'autant plus crucial pour une méthode alternative de résolution de conflit qui œuvre précisément dans ce sens.

²¹ En ce sens, S. VAN RAEPENBUSCH, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, Bruxelles, De Boeck, 1996, p. 262.

²² CJCE, 13 déc. 1989, aff. *Grimaldi*, C-322/88, *Rec. CJCE*, 1989, p. 4407.

²³ Standard de comportement permettant d'identifier une éventuelle faute en droits français et belge.

²⁴ Dans le cadre de l'adhésion à un label de qualité, par exemple.

²⁵ Sur la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, lire: M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale et son intérêt particulier en droit des sociétés", in *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 21 et s. ; L. SIMONT, "L'engagement unilatéral", in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, Bruxelles, Bruylant, 1994 ; J. VAN RYN, "L'engagement par déclaration unilatérale de volonté", *J.T.*, 1984, p. 129 et s. ; R. KRUIHOF, "Overzicht van rechtspraak : verbintenissen", *T.P.R.*, 1983, p. 505 ; P. VAN OMMEFLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, p. 144 et s. ; M. COIPEL, "La théorie de l'engagement par volonté unilatérale", note sous Cass., 18 déc. 1974, *R.C.J.B.*, 1980, p. 65 et s.

²⁶ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, *J.O.C.E.*, 17 juillet 2000, L 178/1 à 16.

²⁷ Voy. cf. M. ANTOINE, "L'objet et le domaine de la directive sur le commerce électronique", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, op. cit., p. 1 et s., n^{os} 1-75.

a. Le champ d'application de la directive commerce électronique.²⁸

1. « Service dans la société de l'information ».

Il convient d'examiner, d'abord, si le service fournit par ECODIR entre dans le champ de la notion de « service de la société de l'information » tel que définit dans la directive. C'est autour de ce concept central que s'articuleront, ensuite, les notions de « prestataire » et « destinataire » de service de la société de l'information.

La définition du service est à reprendre de la directive 98/34/CE du 22 juin 1998 du Parlement européen et du Conseil prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes réglementaires techniques, telle que modifiée par la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 du Parlement européen et du Conseil.²⁹ Il s'agit de « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

Différents éléments de la définition entrent en ligne de compte pour apprécier si ECODIR accomplit un tel service. Certains éléments sont facilement rencontrés par ECODIR et ne méritent pas d'examen particulier. Ainsi, il ne fait pas de doute que le processus de résolution de conflits ECODIR se réalise « à distance » dans la mesure où cette condition est rencontrée dès qu'un service est « fourni sans que les parties soient simultanément présentes ».³⁰ De même, l'exigence que le service soit presté « par voie électronique » est remplie par ECODIR car ce vocable recouvre toute voie de télécommunication et notamment internet.³¹ Cette méthode alternative de résolution de conflits tire sa force précisément de l'utilisation de ces nouvelles technologies et de l'automatisation par voie électronique de la procédure. Notons qu'une méthode alternative de conflits qui utiliserait la téléphonie vocale, par exemple, pour la consultation d'un médiateur, ou comme moyen de conciliation entre les parties, n'entrerait pas dans le champ d'application de la directive.³² Enfin, ECODIR fournit bien un service « à la demande individuelle d'un destinataire de services ». Le consommateur fait appel de manière individuelle à un service de résolution de conflit.

La question de la rémunération mérite une attention particulière. Cette notion est interprétée largement dans l'exposé des motifs de la directive et par la jurisprudence de la Cour de justice de la communauté européenne sur l'article 50 du Traité CE qui définit la notion de « service ». Ainsi, l'expression « service presté normalement contre rémunération » peut englober une activité ayant « un caractère économique » ou bénéficiant d'une « contrepartie économique ».³³ Le système ECODIR est gratuit jusqu'en juin 2002 mais après un système de rétribution devra probablement être mis en place. Comme nous l'avons signalé par ailleurs, plusieurs pistes sont envisagées : financement public, partenariat avec des organisations de commerçants, ... ECODIR exercera dès lors une activité avec une contrepartie économique.

²⁸ *Ibidem*, n° 2 et s.

²⁹ Directive 98/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 1998, *J.O.C.E.*, n°L 217 du 5 août 1998, p. 18.

³⁰ Article 1^{er}, § 2, 1^{er} de la directive 98/48/CE.

³¹ Article 1^{er}, § 2, 2^o tiret, de la directive 98/48/CE.

³² Annexe V, point 2, 3^o tiret, de la directive sur les services.

³³ Arrêt du 27 Septembre 1988, affaire *Humbel*, 263/86, point 17. Arrêt du 7 Décembre 1993, affaire *Wirth*, 109/92, point 15.

Cependant, il nous faut encore examiner les cas d'exclusions de la notion de service évoqué par la directive. Ainsi, le considérant 19 de la directive 98/48/CE considère que le critère de rémunération fait défaut « dans les activités que l'Etat accomplit sans contrepartie économique dans le cadre de sa mission, notamment dans les domaines social, culturel, éducatif et judiciaire; que de ce fait les règles nationales concernant ces activités ne sont pas couvertes par la définition prévue à l'article 50 du Traité et ne rentrent donc pas dans le champ d'application de la présente directive ». Par conséquent, sont exclus de la notion de « service », les services fournis par l'Etat dans le cadre des activités liées à l'exercice de la justice. Cette hypothèse est intéressante dans le cas où ECODIR serait repris par l'Etat ou un autre pouvoir public, à titre de service public à l'égard du consommateur. On pourrait envisager qu'il s'agit d'une activité du domaine judiciaire de l'Etat qui n'est pas couvert par la définition de « service ». Cependant, il est clair que cette exclusion visait avant tout l'activité des cours et tribunaux qui est entourée des prescriptions légales.

2. Prestataire de services de la société de l'information.

« Toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information ». ECODIR est prestataire de services de la société de l'information dans la mesure où sa plate-forme fournit un « service de règlement de conflits » en ligne. Cette notion de prestataire de service est fort étendue car elle recouvre tous les types de services tels que définis précédemment.

3. Destinataire du service.

« Toute personne physique ou morale qui, à des fins professionnelles ou non, utilise un service de la société de l'information, notamment pour rechercher une information ou la rendre accessible ». Cette notion large englobe non seulement le consommateur dans un rapport *Business to Consumer* mais aussi les rapports entre professionnels.

b. Les obligations du prestataire de service en matière d'information et de transparence.³⁴

En tant que prestataire de service de la société de l'information, ECODIR se voit imposé de fournir une série de renseignements ainsi que la mise en œuvre de mesures techniques spécifiques. Tout d'abord, elle est soumise à une obligation générale d'information qui vise tous les prestataires de service et, ensuite, en fonction des activités qu'elle entreprend, elle devra fournir des informations spécifiques.

1. Obligation d'information générale.

L'article 5 de la directive commerce électronique impose un socle minimal d'informations à donner pour tous les prestataires de service. Sans entrer dans le détail, il convient de distinguer deux grandes catégories d'obligations.

³⁴ M. DEMOULIN, "Information et transparence sur les réseaux", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, op. cit., p. 95 et s., n° 177 et s.

D'une part, les informations relatives au prestataire et à son activité qui comprennent notamment le nom du prestataire de services, l'adresse géographique à laquelle il est établi et les coordonnées du prestataire, y compris son adresse électronique.³⁵ Ces dernières informations doivent permettre d'entrer en contact rapidement, et de communiquer directement et efficacement avec le prestataire. En outre, chaque Etat a la possibilité de soumettre les prestataires à des obligations d'informations supplémentaires à ce socle minimal constitué par l'article 5. Les modalités d'accès à ces informations sont réglées par la directive qui précise que l'accès doit être facile, direct et permanent. Par exemple, un lien hypertexte facilement accessible vers une page contenant ces informations remplit cette dernière exigence.

La deuxième catégorie d'obligations concerne les prix. Cette hypothèse reste théorique dans la mesure où ECODIR est gratuit et devrait le rester pour le consommateur. Toutefois, selon le modèle économique adopté, ECODIR pourrait devenir payant pour chaque utilisation par un commerçant ou une association de commerçants. Dans ce cas, il faudra considérer si le prix sera établi pour chaque service ou sous forme d'une licence. Les prix devront dès lors être indiqués de manière claire et non ambiguë et les taxes devront être incluses.

2. Autres obligations.

La directive sur le commerce électronique prévoit encore d'autres types d'obligations spécifiques d'informations selon les activités entreprises par le prestataire de service. Ainsi, l'article 6 prévoit des principes d'identification dans les communications commerciales qui font partie d'un service de la société de l'information. La communication commerciale doit être identifiée en tant que telle et doit indiquer la personne physique ou morale, pour le compte de laquelle elle est faite. D'autres obligations d'information pèsent encore sur le prestataire de services qui conclut des contrats par la voie électronique. Le consommateur ou le commerçant qui utilise la plate-forme, passe un contrat avec ECODIR pour employer le système mis en place. ECODIR est dès lors soumis aux obligations spécifiques d'une passation de contrat sur le réseau. Il est à noter qu'un régime différent s'applique selon qu'il s'agit d'une relation *B to B* ou *B to C* (article 10 de la directive). Nous renvoyons sur ce point aux études spécifiques sur le sujet des contrats conclus par voie électronique.

3) Portée des solutions dégagées via ECODIR

Il convient de distinguer les différents types de solutions qui peuvent découler d'un mode de règlement de conflit tel qu'ECODIR. En effet, un accord peut intervenir à chaque étape de la procédure. Tout d'abord, lors de la négociation, une solution proposée par l'une ou l'autre partie peut être jugée raisonnable et acceptée par l'autre partie. Ensuite, lors de la phase suivante, avec l'aide du médiateur, les parties peuvent aboutir à une solution commune. Cette entente est formalisée par un accord écrit préparé par le médiateur. Enfin, lors de la dernière phase, le médiateur émet une recommandation. Le règlement ECODIR précise qu'«à moins qu'il n'en soit

³⁵ En outre, le prestataire de services doit indiquer le registre de commerce où il est inscrit, son numéro d'immatriculation, les coordonnées de l'autorité de surveillance si son activité est soumise à autorisation, le numéro de TVA et . Ces mentions sont souvent exigées dans d'autres législations.

valablement reconnu autrement entre les Parties, la recommandation *n'engage pas* les parties ». Cependant, les parties peuvent accepter la recommandation, et elle sera également formalisée sous la forme d'une convention écrite et envoyée aux parties. L'article 14 du Règlement indique qu'« en acceptant une solution de manière électronique, les Parties mettent fin au conflit et sont liées à cette entente ». De plus, l'article 4 prévoit que le secrétariat contacte les parties pour s'assurer que l'accord ait été mis en œuvre. Si tel n'est pas le cas, elles sont invitées à se justifier.

L'accord doit satisfaire tous les intervenants et ne constituera pas, à l'instar de l'arbitrage, une décision qui tranche en faveur de l'une ou l'autre partie. Si l'accord des parties est nécessaire pour débiter la procédure ECODIR, une même harmonie des volontés est nécessaire pour y mettre fin par une entente dans l'intérêt commun. La réussite dépend avant tout de la bonne volonté des parties en litige. Si un tel accord intervient et est accepté par les parties, il faut encore en examiner la valeur juridique.

Ce critère est retenu classiquement pour distinguer la conciliation ou la médiation par rapport à la procédure d'arbitrage. Ainsi, la sentence arbitrale est généralement considéré comme un acte juridictionnel qui a, par conséquent, autorité de chose jugée et peut acquérir la force exécutoire par l'ordonnance d'exequatur. De même, en cas de conciliation judiciaire, l'accord des parties est revêtu de la formule exécutoire. En revanche, l'accord qui met fin au litige lors d'une conciliation ou une médiation, ne dispose que de la force obligatoire d'une convention. La non-exécution de cette convention pourra également, le cas échéant, donner droit à l'octroi de dommages et intérêts à la partie préjudiciée.

Dans le cadre d'ECODIR, comme nous l'avons déjà indiqué, c'est clairement cette deuxième option qui a été choisie. Les parties aboutissent à un accord suite à une négociation avec ou sans l'aide d'un médiateur. Cette entente est, ensuite, formalisée par écrit et constitue une convention qui lie les parties. Seule la force conventionnelle tient lieu de valeur juridique. Lorsque le médiateur émet une recommandation, elle n'a aucune valeur juridique tant que les parties n'ont pas exprimé leur assentiment sur son contenu. Toutefois, il est laissé à la liberté des parties d'en décider autrement par convention et de prendre le risque d'accepter la recommandation émise même si elle peut leur apparaître comme défavorable.

Par ailleurs, dans certains cas, la solution formalisée par écrit peut revêtir la forme d'une transaction. Sa caractéristique principale est de reposer sur des concessions réciproques des parties. Il faudra examiner la valeur juridique dont jouit la transaction dans chaque ordre juridique particulier.³⁶

La base volontaire de la procédure ECODIR et de la solution qui en découle, doit demeurer le meilleur garant de la bonne exécution de l'accord réalisé par les parties. En effet, il s'agit moins d'une procédure judiciaire, au détriment nécessaire de l'un, que de rechercher, par un dialogue continu, une solution négociée qui rencontre l'intérêt des deux parties.

³⁶ En Belgique, la transaction ne possède pas par elle-même une force exécutoire et une autorité de chose jugée à l'instar d'un jugement. Il s'agit d'un titre juridique qui peut servir de base à une demande en justice. Ensuite, la décision ratifie uniquement l'accord intervenu entre les parties. Cf. P. DE LOCHT, "Les modes de règlement extrajudiciaire des litiges", in *Le commerce électronique européen sur les rails ?*, op. cit., p. 328 et s., n^{os} 615-627.